



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Die Freiheit des Internetvertriebs und ihre Schranken

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-102799>

Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2014). Die Freiheit des Internetvertriebs und ihre Schranken. In: Alexander, Christian; et al. Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag. München: Beck, 265-276.

ANDREAS HEINEMANN*

Die Freiheit des Internetvertriebs und ihre Schranken

Im deutschen und europäischen Wettbewerbs- und Kartellrecht ist *Helmut Köhler* tonangebend. Dies gilt nicht nur für seine Rolle als Vordenker der Gesetzgebung.¹ Auch die geltenden Normen hat er immer wieder im Hinblick auf neue Phänomene weiterentwickelt. So hat er beispielsweise als *early adopter* zu einem Zeitpunkt Klarheit in die kartellrechtliche Beurteilung der Internetplattformen gebracht, als noch große Unsicherheit im Hinblick auf ihre Wettbewerbswirkungen bestand.² Der vorliegende Beitrag greift den Gegenstandsbereich von Internet und Kartellrecht auf und ist dem Jubilar in großer Dankbarkeit für die Zeit gewidmet, die der Verfasser an seinem Münchener Lehrstuhl verbringen durfte.

I. Ökonomische und rechtliche Aspekte des Internetvertriebs

Das Internet vergrößert Transparenz und Schnelligkeit, senkt die Transaktionskosten, erleichtert den Marktzutritt und hat hierdurch die Wettbewerbsintensität ungemein gesteigert und Grenzen überwunden. Für die Unternehmen ist der elektronische Handel deshalb ein wichtiges Element bei der Beschaffung und beim Vertrieb und überhaupt allgemein in der Unternehmenskommunikation geworden. Auf der anderen Seite beeinflusst die ubiquitäre Verfügbarkeit von Waren und Dienstleistungen Qualitätsanreize und übt Druck auf die Margen aus, weshalb Produzenten und Händler oft Vereinbarungen über Art und Ausmaß des Internetvertriebs treffen, oder die Hersteller diesbezüglich einseitige Maßnahmen treffen. Insbesondere bei Markenprodukten ist die Tendenz anzutreffen, den Internethandel zu begrenzen, um beispielsweise dem Trittbrettfahrerproblem entgegenzusteuern. Häufig taucht auch der Wunsch auf, den Internetvertrieb gänzlich dem Produzenten vorzubehalten und die Händler auf den stationären Handel zu beschränken.

Solche Praktiken müssen sich im Rahmen der geltenden Rechtsordnung bewegen, denn gegen alle cyber-euphorischen Selbstregulierungsphantasien gilt: „Das Internet ist kein rechtsfreier Raum.“³ In diesem Beitrag sollen im Schwerpunkt die kartellrechtlichen Vorgaben aufgezeigt werden, die für Einschränkungen des Internetvertriebs durch Unternehmen bestehen. Der Internetvertrieb kann aber auch durch den Gesetzgeber reguliert sein. Zunächst ist deshalb zu klären, inwieweit gesetzliche Verbote des Internetvertriebs mit den Grundfreiheiten des Europäischen Wirtschaftsrechts vereinbar sind.

II. Beschränkungen des Internetvertriebs und die europäischen Verkehrsfreiheiten

Dem Internet kommt eine erhebliche Bedeutung für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes zu. Die elektronische Vernetzung beseitigt faktische Grenzen, die

* Prof. Dr., Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich.

¹ Als Mitglied der Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb des Bundesministeriums der Justiz hat er maßgeblichen Einfluss auf das UWG 2004 genommen, s. *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317. Zur UWG-Novelle 2008 s. beispielsweise seine Kritik in *Köhler* WRP 2012, 251.

² *Köhler* K&R 2000, 569.

³ *Köhler* K&R 2000, 570.

über Hindernisse rein rechtlicher Natur hinausgehen.⁴ Greifen die Mitgliedstaaten in die Freiheit des Internet ein, beeinflussen sie deshalb gleichzeitig auch die Handelsströme in der EU. Entsprechende Maßnahmen sind folglich auf ihre Vereinbarkeit mit den europäischen Verkehrsfreiheiten zu überprüfen.

1. Die einschlägige Grundfreiheit

Von der Art des Produkts hängt es ab, ob der freie Warenverkehr oder der freie Dienstleistungsverkehr betroffen ist. Sind sowohl Waren als auch Dienstleistungen involviert, finden die beiden Grundfreiheiten im Prinzip parallele Anwendung. Etwas anderes gilt dann, wenn Gesichtspunkte der einen Grundfreiheit gegenüber der anderen „völlig zweitrangig“ sind und mit dieser zusammenhängen. Dann prüft der Gerichtshof nur die im Einzelfall dominierende Grundfreiheit.⁵ So hat der Europäische Gerichtshof beispielsweise im Premier League-Fall in Bezug auf Pay TV entschieden, dass Importbeschränkungen für die zur Entschlüsselung der Fernsehsignale erforderlichen Decoderkarten völlig zweitrangig im Verhältnis zur Beschränkung der Live-Ausstrahlung von Fußballspielen seien, da die Bereitstellung der Decoderkarten „nur eine konkrete Modalität der Organisation oder Abwicklung einer solchen Dienstleistung ist und keinen Selbstzweck darstellt, sondern die Inanspruchnahme der Dienstleistung ermöglichen soll“.⁶ Die fraglichen Beschränkungen waren deshalb nur am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen. Der Gerichtshof lehnte die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, zB zum Schutz des geistigen Eigentums ab und stellte einen Verstoß gegen die Regeln über den freien Dienstleistungsverkehr fest.

Angesichts der Konvergenz der Grundfreiheiten wird die Wahl des Prüfungsmaßstabs in der Regel keinen Einfluss auf das Ergebnis der Prüfung haben. Für den vorliegenden Zusammenhang seien Fälle zum freien Warenverkehr hervorgehoben, obwohl das Thema des Internetvertriebs auch die Dienstleistungen betrifft, wie am Beispiel des „Verkaufs“ von Versicherungen, Bankprodukten, Reisen oder Hotelübernachtungen über das Internet veranschaulicht werden kann.

2. Allgemeine Vertriebsbeschränkungen unter Einschluss des Internet

Bisweilen untersagen staatliche Regeln den Vertrieb bestimmter Produkte gänzlich, wobei das Verbot sämtliche Vertriebswege, also auch das Internet betrifft. Handelt es sich um illegale Produkte, zB Drogen,⁷ oder um zulassungspflichtige Produkte, die (noch) nicht zugelassen sind,⁸ sind die Grundfreiheiten von vornherein nicht anwendbar. Anders verhält es sich, wenn die betreffenden Produkte im Prinzip legal sind, ihr Verkauf aber kanalisiert werden soll. Prominentes Beispiel ist die schwedische Alkoholpolitik. Nach dem schwedischen Alkoholgesetz erfolgt der Verkauf von alkoholischen Getränken im Einzelhandel durch ein Monopol (Systembolag). Die Einfuhr alkoholischer Getränke war dem System-

⁴ Als rechtlichen Hinderungsgrund für die Verwirklichung des Binnenmarkts hat die Europäische Kommission die Unterschiede im Vertragsrecht zwischen den Mitgliedstaaten identifiziert und zu deren Überwindung den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt, Europäische Kommission, KOM (2011) 635 endg. v. 11.10.2011. S. hierzu Köhler WiVerw 2012, 135.

⁵ S. zB EuGH Slg. 2010, I-13019 Rn. 50 mwN – Josemans. Leider verfährt der Gerichtshof auch dann auf diese Weise, wenn sich der persönliche Anwendungsbereich der beiden konkurrierenden Grundfreiheiten nicht deckt, was insbesondere für die *erga omnes* wirkende Kapitalverkehrsfreiheit relevant ist. Kritisch hierzu Heinemann, 'Ökonomischer Patriotismus' in Zeiten regionaler und internationaler Integration – Zur Problematik staatlicher Aufsicht über grenzüberschreitende Unternehmensübernahmen, 2011, S. 55 ff.

⁶ EuGH Slg. 2011, I-9083 Rn. 81 – Football Association Premier League u. a.

⁷ EuGH Slg. 2010, I-13019 Rn. 41 f. – Josemans.

⁸ EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn. 54 – Deutscher Apothekerverband („DocMorris I“).

bolag und den staatlich zugelassenen Großhändlern vorbehalten. Privatpersonen durften alkoholhaltige Getränke nur persönlich und nur innerhalb bestimmter Höchstmengen importieren. Bestellungen über den Versandhandel einschließlich des Internet waren verboten. Bestanden besondere Wünsche, mussten die Bestellungen über die staatlichen Monopolläden aufgegeben werden. Nicht alle respektierten diese Vorgaben, einige wurden strafrechtlich belangt. Gegen die Beschlagnahme von direkt im Ausland bestelltem Wein zogen die Betroffenen zu Gericht. In einem Vorabentscheidungsverfahren stellte der Europäische Gerichtshof einen Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs in Form der (selten gewordenen) mengenmäßigen Beschränkung fest. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes (Art. 36 AEUV) komme bei Maßnahmen gegen Schäden durch Alkoholmissbrauch zwar in Betracht. Die im schwedischen Recht getroffenen Maßnahmen hielten aber dem Test auf Geeignetheit und Erforderlichkeit nicht stand: Da Bestellungen über das Systembolag in unbegrenzter Höhe möglich waren, war nicht ersichtlich, warum anderweitige Beschaffung schädlicher sein sollte. Gründe des Jugendschutzes überzeugten nicht, da die geltenden Regeln auch die Erwachsenen dem staatlichen Monopol unterstellten.⁹

Der Fall zeigt, dass selbst in Kernbereichen nationaler Identität die Grundfreiheiten Beschränkungen des Internetvertriebs entgegenstehen können. Die legitimen Ziele nationaler Politikgestaltung werden zwar im Prinzip anerkannt. Die Ausgestaltung muss aber überzeugen, was nicht der Fall ist, wenn die Monopolisierung bestimmter Vertriebswege lediglich heimische Verteiler privilegiert, die eigentlich angestrebten Ziele aber nicht befördert werden, jedenfalls nicht in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit.

3. Besondere Vertriebsbeschränkungen für das Internet

Während die schwedische Alkoholpolitik ganz allgemein sämtliche Vertriebsalternativen zum Staatsmonopol ausschloss, existieren bisweilen Regeln, die sich speziell gegen den Internetvertrieb wenden oder jedenfalls darauf hinauslaufen. In ständiger Rechtsprechung überprüft der Gerichtshof solche „Internetverbote“ am Maßstab des freien Warenverkehrs, wobei die *Keck*-Formel nicht im Weg steht. Zwar handelt es sich beim Ausschluss des Internetvertriebs um eine „Verkaufsmodalität“. Eine Einschränkung des warenverkehrsrechtlichen Gewährleistungsbereichs setzt aber zusätzlich voraus, dass erstens die betreffenden Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben (was bei einem allgemeinen Internetvertriebsverbot der Fall ist), und dass sie zweitens „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.¹⁰ Diese zweite Bedingung ist beim Ausschluss des Internetvertriebs in der Regel nicht erfüllt, da die ausländischen Anbieter noch viel stärker als die inländischen auf das Internet für den Zugang zu den Kunden angewiesen sind.¹¹ In den einschlägigen Fällen hängt deshalb alles davon ab, dass eine überzeugende Rechtfertigung gefunden wird.

In *DocMorris I* entschied der Gerichtshof, dass das Verbot des Versandhandels im deutschen Arzneimittelrecht gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs verstößt, soweit es sich auf nicht-verschreibungspflichtige Medikamente bezieht. Ein nationales Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Medikamenten sah der Gerichtshof hingegen aus Gründen des Gesundheitsschutzes als gerechtfertigt an: Angesichts der größeren Gefahren, die von diesen Medikamenten ausgingen, sei eine strengere Kontrolle erforderlich,

⁹ EuGH Slg. 2007, I-4071 – Rosengren u. a.

¹⁰ EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – *Keck* und *Mithouard*.

¹¹ S. EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn. 74 – *Deutscher Apothekerverband* („*DocMorris I*“); EuGH Slg. 2010, I-12213 Rn. 54 – *Ker-Optika*: „Es ist festzustellen, dass das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vorenthält und so deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindert“.

um die missbräuchliche oder fehlerhafte Verwendung ärztlicher Verschreibungen zu verhindern.¹² Auch wenn hier also ein nationales Verbot des Internetvertriebs vom Gerichtshof gebilligt wurde, muss betont werden, dass es sich um einen speziellen Bereich, nämlich den der verschreibungspflichtigen Medikamente handelt. Der deutsche Gesetzgeber war selber nicht wirklich überzeugt: Noch vor der Entscheidung des EuGH hatte er das Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Medikamente autonom aufgehoben.¹³

Ein weiteres Beispiel ist die ungarische Regulierung, wonach Kontaktlinsen nur in einem stationären Fachgeschäft unter Konsultation eines Optometristen oder eines anwesenden Augenarztes verkauft werden durften. Der hierin liegende Eingriff in den freien Warenverkehr kann nach Auffassung des Gerichtshofs zum Schutz der Gesundheit von Kontaktlinsenträgern im Prinzip gerechtfertigt werden, da die Beratung durch Fachpersonal Schäden an den Augen verhindert. Präventivuntersuchungen könnten aber auch durch externe Augenärzte durchgeführt werden. Außerdem sei fachlicher Rat in der Regel nur beim ersten Kauf erforderlich, nicht aber bei den vielen Folgeanschaffungen, so dass die einschneidenden Maßnahmen des ungarischen Rechts über die Grenzen der Erforderlichkeit hinausgingen.¹⁴ Die Beschränkung des Verkaufs von Kontaktlinsen auf den stationären Fachhandel ist also mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs nicht vereinbar.

Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört die Problematik der Gebrauchtssoftware. Es bestand lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob die traditionellen Erschöpfungsregeln auch auf nicht-physisch, nämlich über das Internet erworbene Programmkopien Anwendung finden. Auch die Gerichte entschieden uneinheitlich, bis der Europäische Gerichtshof feststellte, dass sich die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts auch auf downgeladete Programmkopien erstreckt, der Weiterverkauf gebrauchter Lizenzen also möglich ist.¹⁵ Für das Thema des Internetvertriebs ist die urheberrechtliche Behandlung von Gebrauchtssoftware von großer Bedeutung, da die Versagung der Erschöpfungswirkung zu einer Austrocknung des Internetsekundärmarktes für nichtkörperliche Programmkopien geführt hätte.

Es bleibt hinzuzufügen, dass die Freiheit des Internetvertriebs auch auf sekundärrechtlicher Ebene verankert und konkretisiert wurde. Die E-Commerce-Richtlinie „soll einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt“.¹⁶ Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie beispielsweise dafür zu sorgen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Weg ermöglicht. Die Mitgliedstaaten dürfen von dieser Vorgabe zB für Grundstücksverträge, private Kreditsicherungsgeschäfte und für Verträge im Bereich des Familienrechts oder des Erbrechts abweichen. Besondere Beurkundungserfordernisse bleiben vorbehalten. Im Übrigen, und das gilt gerade

¹² S. EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn. 117 ff. – Deutscher Apothekerverband („DocMorris I“). Auf derselben Linie liegt EuGH Slg. 2009, I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes u.a. („DocMorris II“), worin der Gerichtshof das Fremdbesitzverbot für Apotheken stützte.

¹³ Nämlich durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003, BGBl I 2190. Wegen einer besonderen Erlaubnispflicht ist der Versandhandel allerdings bisher *de facto* nur aus einzelnen Mitgliedstaaten der EU möglich.

¹⁴ EuGH Slg. 2010, I-12213 Rn. 60 ff. – Ker-Optika.

¹⁵ EuGH 3.7.2012 – Rs. C-128/11 – UsedSoft (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

¹⁶ Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) vom 8.6.2000, ABl. L 178, 1. Die Richtlinie klammert das Kartellrecht aus (das deshalb unbeschränkt anwendbar bleibt), s. Art. 1 Abs. 5 Buchst. c der E-Commerce-Richtlinie. Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb bleibt ebenfalls anwendbar, wird aber durch die E-Commerce-Richtlinie (insbesondere das Herkunftslandprinzip in Art. 3 der Richtlinie) modifiziert, s. näher hierzu in Köhler/Bornkamm/Köhler UWG, 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.46 ff. Zur Anwendung des UWG auf den Internetvertrieb s. Köhler GRUR 2010, 1047.

auch für den Onlinehandel,¹⁷ wird der elektronische Geschäftsverkehr garantiert. Es bestehen Ausnahmen (zB für den Schutz der öffentlichen Gesundheit), die den Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in die Grundfreiheiten ähneln.¹⁸ Die Anforderungen an solche Ausnahmen sind aber für Primär- und Sekundärrecht gleich hoch.¹⁹

4. Schlussfolgerung

Staatliche Verbote des Internetvertriebs behindern den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der EU und müssen deshalb einer kritischen Überprüfung am Maßstab der Grundfreiheiten und des einschlägigen Sekundärrechts standhalten. Als Rechtfertigungsgrund ist in der bisherigen Praxis hauptsächlich der Gesundheitsschutz relevant geworden. Nur das Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Medikamente hat allerdings die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes passiert. Angesichts der Bedeutung des Internetvertriebs für den europäischen Binnenmarkt ist eine strenge Beurteilung von Beschränkungen des Internetvertriebs auch für die Zukunft zu erwarten.

III. Vertriebskartellrecht

Die Grundfreiheiten beeinflussen den Spielraum, welcher der Privatautonomie gesetzt ist. Da mitgliedstaatliche Handelsbarrieren abgebaut werden, wird dieser Spielraum größer, nämlich europäischer. Ob die Wirtschaftsteilnehmer von der hierin eingeschlossenen „Internetfreiheit“ Gebrauch machen oder sie einschränken, bleibt im Ausgangspunkt ihnen selber überlassen. Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit ergeben sich aus dem Kartellrecht, das im System der europäischen Verträge denselben Rang wie die Grundfreiheiten einnimmt, nämlich primärrechtlich abgesichert ist. In erster Linie sind die Regeln über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen relevant. Zu denken ist aber auch an den (einseitigen) Missbrauch von Marktmacht.

1. Vertragliche Beschränkungen des Internetvertriebs

a) Horizontale Vereinbarungen

Es wäre vorstellbar, dass Wettbewerber gegenseitig ihre Vertriebswege koordinieren und durch horizontale Absprachen den Internetvertrieb beschränken. Solche Praktiken können Kernbeschränkungen in Bezug auf Preise, Mengen, Gebiete oder Kunden unterstützen, wären aber auch isoliert eine Kartellabsprache, für die eine Effizienzrechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV schwer ersichtlich ist.

b) Vertikalvereinbarungen

Im Mittelpunkt der Diskussion stehen aber die Vertikalabreden, nämlich die Beschränkung oder der Ausschluss des Internetvertriebs in Vertriebsverträgen. Lieferanten zeigen zunehmend Interesse, Einfluss auf die Vertriebskanäle ihrer gewerblichen Abnehmer zu nehmen, gerade auch im Hinblick auf den Weiterverkauf über das Internet. Dies kann daran liegen, dass der Lieferant sich das Onlinegeschäft selbst vorbehalten möchte. Auch wenn er aber den Internetvertrieb durch die Wiederverkäufer zulässt, mag er ein Interesse daran haben, bestimmte Vertriebswege oder Plattformen hiervon auszunehmen, weil er

¹⁷ S. Erwägungsgrund 18 der E-Commerce-Richtlinie, wonach zu den Diensten der Informationsgesellschaft insbesondere der „Online-Verkauf von Waren“ gehört. Der Begriff „Dienst“ im Sinne der Richtlinie ist also nicht im technischen Sinn auf die Dienstleistungen beschränkt, sondern erfasst auch den Warenverkehr.

¹⁸ S. Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-Richtlinie.

¹⁹ Vgl. EuGH Slg. 2010, I-12213 Rn. 76 – Ker-Optika.

Imageschäden befürchtet. Schließlich mag einen Lieferanten die Sorge umtreiben, dass in der transparenten und hochkompetitiven Internetwelt das Preisniveau sinkt und hierdurch auch Preisdruck nach oben in der Lieferkette aufgebaut wird.²⁰

c) Anwendbarkeit von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV

Das Abredeverbot im deutschen und europäischen Kartellrecht ist auf alle Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen anwendbar, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Internetbezogene Vertriebsbindungen beschränken Beteiligte in Bezug auf einen Wettbewerbsparameter und sind deshalb in der Regel tatbestandsmäßig. Die ungeschriebene Voraussetzung der Spürbarkeit muss allerdings erfüllt sein. Nach der De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission gelten für die Spürbarkeit bestimmte Schwellenwerte, nämlich für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern 10 Prozent, für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern 15 Prozent.²¹ Die Bekanntmachung bindet nur die Europäische Kommission, nicht aber die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten²² und schon gar nicht den Europäischen Gerichtshof. Dieser hat denn auch festgestellt, dass Spürbarkeit auch unterhalb der Schwellenwerte vorliegen kann.²³

Für den vorliegenden Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, dass die Schwellenwerte von vornherein keine Anwendung auf bestimmte Kernbeschränkungen finden.²⁴ Im Zusammenhang mit dem Vertriebskartellrecht ist hierfür zwischen exklusivem und selektivem Vertrieb zu unterscheiden.

2. Exklusiver Vertrieb

Die Einrichtung eines exklusiven Vertriebssystems, also Absatz der Vertragswaren in einem festgelegten Gebiet nur über einen bestimmten Händler, ist von der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (GFVO-VV)²⁵ nur dann freigestellt, wenn sich der Gebietsschutz auf den Ausschluss aktiver Verkäufe beschränkt, passive Verkäufe in fremde Vertriebsgebiete also möglich bleiben. Für den vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, ob internetbezogene Kommunikation als aktiver oder passiver Verkauf zu qualifizieren ist. Die Leitlinien für vertikale Beschränkungen²⁶ differenzieren: Direktwerbung einschließlich Massen-E-Mails und die aktive Ansprache von Kunden in einem

²⁰ Auf speziell preisbezogene Internetpraktiken kann im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden, s. hierzu zB *Fiebig* WuW 2013, 812 (824 ff.). Beispielsweise hat das Bundeskartellamt dem Hotelreservierungsportal HRS die Verwendung von Bestpreisklauseln untersagt (Verfügung B9-66/10 vom 20.12.2013).

²¹ Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001 C 368, 13 Rn. 7; jedenfalls wenn die Vereinbarung nicht Teil eines Bündels paralleler Beschränkungen ist, die zu einem kumulativen Abschottungseffekt führen, s. Rn. 8 der Bekanntmachung. Es ist auch zu beachten, dass die Schwellenwerte nur als *safe harbour*, also negativ gegen die Annahme von Spürbarkeit wirken. Aus Marktanteilen über den Schwellenwerten kann nicht positiv auf das Vorliegen von Spürbarkeit geschlossen werden, s. Rn. 2 der De-Minimis-Bekanntmachung.

²² Diesen soll die Bekanntmachung aber als Leitfaden dienen, s. Rn. 4 De-Minimis-Bekanntmachung.

²³ EuGH 13.12.2012 – C-226/11 Rn. 38 – Expedia (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

²⁴ De-Minimis-Bekanntmachung, Rn. 11.

²⁵ Verordnung Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20.4.2010, ABl. L 102, 1.

²⁶ Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen [im Folgenden: Vertikalleitlinien], ABl. 2010, C 130, 1.

bestimmten Gebiet, auch über gezielte Internetseiten, ist aktiver Verkauf.²⁷ Hierzu gehören auch gebietsbezogene Bannerwerbung, Sponsorenlinks bei Suchmaschinen und allgemein gebietsbezogene Werbung auf den Webseiten Dritter.²⁸ Das bloße Einrichten einer eigenen Website ist hingegen passiver Verkauf, auch wenn die Wirkungen naturgemäß über das eigene Vertriebsgebiet hinausgehen.²⁹ Dies gilt im Grundsatz unabhängig davon, welche Sprachen zur Verfügung gestellt werden.³⁰ Als Beschränkung des passiven Verkaufs sieht es die Kommission auch an, wenn Kunden aus anderen Gebieten technisch daran gehindert werden, die Website eines Händlers einzusehen und sie automatisch auf die Websites des Herstellers oder anderer Händler umgeleitet werden. Ebenso verhält es sich, wenn Internettransaktionen verhindert werden, sobald von der Kreditkarte des Kunden auf die Ansässigkeit in einem anderen Vertriebsgebiet geschlossen werden kann, oder wenn Preise gespalten werden, nämlich dem Händler für online weiterverkaufte Produkte ein höherer Einkaufspreis in Rechnung gestellt wird als für offline verkaufte.³¹

Die Vertikalleitlinien enthalten eine differenzierte Bewertung von *Brick and Mortar*-Klauseln: Der Lieferant darf vom Händler verlangen, dass dieser die Vertragswaren in einem bestimmten absoluten Umfang offline verkauft, wobei die Höhe je nach Händler variiert werden darf. Hierdurch wird der Missbrauch durch bloße Alibiverkaufsstätten verhindert. Abgesehen hiervon darf der über das Internet getätigte Teil der Gesamtverkäufe aber nicht begrenzt werden.³² Als Einschränkung des Passivverkaufs ist es also zu werten, wenn die Internetverkäufe auf einen bestimmten Prozentsatz am Gesamtumsatz begrenzt werden. Dies gilt erst recht, wenn der Internetvertrieb gänzlich ausgeschlossen wird, zB dem Produzenten vorbehalten wird. Was qualitative Anforderungen an die Onlineverkäufe betrifft, so soll hierauf sogleich im Zusammenhang mit dem selektiven Vertrieb eingegangen werden.

Es ist zu betonen, dass die Ausführungen sich nur auf die Gruppenfreistellung beziehen. Auch bei Kernbeschränkungen kommt immer noch die Möglichkeit einer Einzelfreistellung auf der Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Hierfür sind die konkreten Effizienzgewinne im Einzelfall darzulegen und die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift zu beweisen.

3. Selektiver Vertrieb

a) Grundlagen

Im Gegensatz zum Exklusivvertrieb werden beim selektiven Vertrieb keine Vertragsgebiete definiert; der Weiterverkauf ist aber nur an Vertragshändler bzw. die Endverbraucher zugelassen. Rein qualitativer selektiver Vertrieb fällt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter bestimmten Voraussetzungen schon gar nicht unter den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV.³³ Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, oder wird nicht nur

²⁷ Vertikalleitlinien, Rn. 51. Ein Beispiel wäre die Verwendung fremder Country Code Top-Level Domains.

²⁸ Vertikalleitlinien, Rn. 53. Eingehend zu den verschiedenen Formen der Online-Werbung in diesem Zusammenhang s. *Bühlmann/Schirnbacher* Jusletter vom 30.5.2011, 22 ff.

²⁹ Vertikalleitlinien, Rn. 52.

³⁰ Zur Einschränkung dieses Grundsatzes s. *Bühlmann/Schirnbacher* Jusletter vom 30.5.2011, 13 f.

³¹ Vertikalleitlinien, Rn. 52 Buchst. a, b und d. Für Preisspaltung besteht aber eine besondere Rechtfertigungsmöglichkeit nach Rn. 64 der Vertikalleitlinien, nämlich wenn Online-Verkäufe für den Hersteller mit höheren Kosten verbunden sind.

³² Vertikalleitlinien, Rn. 52 Buchst. c.

³³ S. die Zusammenfassung der Rechtsprechung in den Vertikalleitlinien, Rn. 175: Die Beschaffenheit des Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern; die Selektion der Wiederverkäufer muss nach objektiven und diskriminierungsfreien Kriterien qualitativer Art erfolgen; schließlich dürfen diese Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

qualitativ, sondern auch quantitativ selektioniert, liegt eine tatbestandsmäßige Einschränkung des Intra-brandwettbewerbs vor, die nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalevereinbarungen oder im Weg der Einzelfreistellung zu rechtfertigen ist.³⁴ Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändler an Endverbraucher und von Querlieferungen zwischen zugelassenen Händlern sind schwarzgelistet,³⁵ so dass im Zusammenhang mit selektivem Vertrieb jegliche Form des Gebietsschutzes die Gruppenfreistellung entfallen lässt.³⁶

Für den Internetvertrieb hat das folgende Konsequenzen: Im Gegensatz zu den soeben geschilderten Regeln für den Exklusivvertrieb haben die Händler eines selektiven Vertriebssystems im Grundsatz auch die Möglichkeit, aktive Verkäufe in beliebige Territorien vorzunehmen. Sie können also überall Kunden direkt per E-Mail sowie durch gebietsbezogene Werbung und Sponsorenlinks ansprechen. Auch für den selektiven Vertrieb gilt damit, dass sich der Lieferant den Internetvertrieb nicht selbst vorbehalten kann.³⁷

b) Qualitative Anforderungen an den Internetvertrieb

Die für die Praxis wichtigste Frage besteht darin, in welchem Ausmaß der Internetvertrieb über den Weg der qualitativen Anforderungen eingeschränkt werden kann. Der Sinn des qualitativen selektiven Vertriebs besteht ja gerade darin, durch Anforderungen u. a. an die Präsentation des Produkts, die Angebotspalette, die Beschaffenheit und Lage der Verkaufsstätte sowie die Ausbildung des Personals für hohe Qualität der Distribution zu sorgen. Dieses Anliegen ist auf den Verkauf der Vertragswaren über das Internet zu übertragen. Auch hier besteht ein berechtigtes Interesse daran, qualitative Anforderungen an das Erscheinungsbild und den Service zu stellen. Besondere Vorgaben für den Internetauftritt der Händler sind also möglich. Die Europäische Kommission hat in den Vertikalleitlinien das berechnigte Interesse des Lieferanten daran anerkannt, „dass das Online-Geschäft des Händlers mit dem Vertriebsmodell des Anbieters im Einklang steht“.³⁸ Die Qualitätsanforderungen dürfen zwar in der Summe nicht über die Kriterien für Verkäufe im stationären Handel hinausgehen (sog. Äquivalenztest), können aber auf die Besonderheiten des E-Commerce eingehen.³⁹

Die Europäische Kommission erkennt das Trittbrettfahrerproblem als legitimen Grund für vertikale Beschränkungen an,⁴⁰ leitet hieraus aber keine Generalabsolution ab, sondern mahnt eine differenzierte Prüfung an. Ein wichtiges Element gegen das Ausnutzen fremder Leistungen ist im vorliegenden Zusammenhang die Möglichkeit des Lieferanten, gerade auch beim selektiven Vertrieb *Brick and Mortar*-Klauseln zu verwenden, also reinen Inter-

³⁴ Selbst wenn die Gruppenfreistellungsverordnung greift, kann deren Rechtsvorteil (nach Art. 29 VO 1/2003) entzogen werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall nicht vorliegen; s. hierzu das Beispiel mit quantitativem selektivem Vertrieb in den Vertikalleitlinien, Rn. 188.

³⁵ Art. 4 Buchst. c und d GFVO-VV.

³⁶ Der Anbieter kann sich aber verpflichten, nur einen Händler (oder eine begrenzte Zahl von Händlern) in einem bestimmten Teil des Gebiets zu beliefern, für das selektiver Vertrieb gewählt worden ist, Vertikalleitlinien, Rn. 57.

³⁷ S. Vertikalleitlinien, Rn. 56: „Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems sollte es den Händlern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und auch mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen“. S. auch Rn. 57, wonach die Nutzung einer eigenen Website „nicht der Eröffnung einer neuen Verkaufsstätte an einem anderen Standort gleichgestellt werden“ kann; dies wurde bestätigt durch EuGH Slg. 2011, I-9419 Rn. 58 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

³⁸ Vertikalleitlinien, Rn. 52 Buchst. c.

³⁹ Vertikalleitlinien, Rn. 56 mit konkreten Beispielen, betreffend zB Mengenbeschränkungen pro Kunde, Bereitstellungsfristen, Online-Kundendienst, Rückgabekosten und Sicherheit des Zahlungsverkehrs.

⁴⁰ S. zB Vertikalleitlinien, Rn. 107.

nethandel auszuschließen.⁴¹ Diese Anforderung kann auch später gestellt werden, darf aber nicht eine direkte oder indirekte Beschränkung der Online-Verkäufe bezwecken.⁴²

c) Faktischer Ausschluss des Internetvertriebs

Diese Grundsätze sind vom Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache *Pierre Fabre* bestätigt und präzisiert worden.⁴³ Ähnlich den staatlichen Beschränkungen im ungarischen Kontaktlinsenfall sahen die Vertriebsvereinbarungen eines Herstellers von Kosmetika und Körperpflegeprodukten vor, dass die betreffenden Erzeugnisse ausschließlich in einem physischen Raum und in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten verkauft werden dürfen. Der Vertrieb über das Internet war hierdurch faktisch ausgeschlossen. Der Gerichtshof hob hervor, dass es legitime Bedürfnisse, wie zB das nach Aufrechterhaltung eines hochwertigen Fachhandels gebe, die eine Einschränkung des Preiswettbewerbs rechtfertigen. Er zeigte sich aber skeptisch gegenüber den Parteiargumenten, wonach der Ausschluss des Internetvertriebs zur individuellen Beratung des Kunden und zu dessen Schutz vor falscher Anwendung der betreffenden Produkte erforderlich sei.⁴⁴ Den Hinweis auf das Markenimage wies der Gerichtshof kategorisch zurück: „Das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, kann kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein“.⁴⁵ In Abwesenheit einer objektiven Rechtfertigung liege eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Die Gruppenfreistellungsverordnung greife nicht, da der faktische Ausschluss des Internetvertriebs eine Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher bezwecke. Eine Einzel freistellung sei möglich; der Gerichtshof ging hierauf mangels ausreichender Informationen aber nicht näher ein.⁴⁶

d) Ausschluss bestimmter Plattformen

Der allgemeine Rahmen für qualitative Anforderungen an den Internetvertrieb wurde bereits beschrieben. Auch hier steckt der Teufel aber im Detail. Die deutschen Gerichte sind vor allem mit der Frage konfrontiert worden, ob der Lieferant aus Qualitätsgründen den Wiederverkäufern die Nutzung bestimmter Internetplattformen, zB von eBay ver-

⁴¹ Nach Rn. 54 der Vertikalleitlinien „kann der Anbieter zum Beispiel von seinen Händlern verlangen, dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte oder Ausstellungsräume verfügen, wenn sie Mitglied des Vertriebssystems werden wollen“. In diesem Sinn auch BGH GRUR 2004, 351 – Depotkosmetik im Internet: Ein reiner Internethändler habe keinen Belieferungsanspruch. Der Wunsch nach Präsentation der betreffenden Produkte in einem ansprechenden Umfeld rechtfertige eine Ungleichbehandlung mit dem stationären Handel, der nur einen Teil der Verkäufe über das Internet vornehme. Das Gericht ließ aber ausdrücklich die Frage offen, in welchem Umfang der Internethandel zuzulassen sei. Im konkreten Fall ließ der BGH ein Geschäftsmodell unbeanstandet, das dem Lieferanten das Recht einräumte, den Vertrag zu kündigen, sobald die Internetumsätze die Verkäufe im stationären Handel übersteigen. Dies ist mit den Vorgaben der Vertikalleitlinien 2010 nicht mehr vereinbar, s. Vertikalleitlinien, Rn. 52 Buchst. c. Zur BGH-Entscheidung s. *Rheinländer*, *Selektive Vertriebssysteme und Belieferungsansprüche ausgeschlossener Händler*, 2007, S. 63 ff.

⁴² Vertikalleitlinien, Rn. 54. S. auch Rn. 52 Buchst. d: Der Anbieter darf dem Abnehmer einen Fixbetrag zur Förderung seiner (Offline- oder Online-)Verkaufsanstrengungen zahlen.

⁴³ EuGH Slg. 2011, I-9419 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁴⁴ EuGH Slg. 2011, I-9419 Rn. 39 ff. – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, mit ausdrücklichem Verweis auf die warenverkehrsrechtlichen Fälle zum Ausschluss des Internetvertriebs in Rn. 44. Der Gerichtshof wies diesen Themenkreis zur abschließenden Klärung an das vorliegende Gericht zurück.

⁴⁵ EuGH Slg. 2011, I-9419 Rn. 46 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁴⁶ Das vorliegende Gericht, nämlich die Cour d'appel de Paris, verneinte dann mit Urteil vom 31.1.2013 (RG n°2008/23812) die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung. Die Cour de cassation hat am 24.9.2013 (Arrêt n° 882) in einem anderen Verfahren, das ebenfalls das Unternehmen *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* betraf, im selben Sinn entschieden.

bieten kann.⁴⁷ Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt noch nicht vor. Die Oberlandesgerichte neigen – mit unterschiedlichen Begründungen – dazu, ein „eBay-Verbot“ zuzulassen, soweit es um Markenartikel mit einem besonderen Produktimage geht, die Beschränkung sachlich begründet ist und diskriminierungsfrei gehandhabt wird.⁴⁸ Zuletzt hat das Kammergericht diese Position vertreten, das Plattformverbot im Einzelfall aber an Inkohärenz scheitern lassen: Der Hersteller verkaufte seine Produkte auch über (stationäre) Discounter und handhabte seine Vertriebsbeschränkungen deshalb nicht diskriminierungsfrei.⁴⁹

Die Tendenz der deutschen Rechtsprechung, den vertraglichen Ausschluss bestimmter Plattformen bei diskriminierungsfreier Handhabung zuzulassen, erscheint zu pauschal. Die kartellrechtliche Privilegierung des selektiven Vertriebs verfolgt das Ziel, Distributionsmaßnahmen zu unterstützen, die im Hinblick auf die konkreten Produkte geeignet und erforderlich sind, um die besondere Qualität dieser Produkte zu unterstützen.⁵⁰ Wenn man davon ausgeht, dass der Internetvertrieb im Grundsatz zulässig bleiben muss, ist nicht ersichtlich, warum die Qualitätsanforderungen nicht auch dann respektiert werden können, wenn der Vertrieb über Plattformen Dritter erfolgt. Die Vertikalleitlinien sehen ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass der Abnehmer für den Wiederverkauf Plattformen Dritter nutzt.⁵¹ Es erscheint dann aber inkonsistent, dass der Anbieter verlangen darf, „dass Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen [sic!]“. ⁵² Diese Bemerkung ist im Hinblick auf die verschiedenen Spielarten des Webhosting sinnvoll. Für Internetauktionsplattformen passt der Satz nicht, da hier die Kunden in der Regel ihre Suche auf der Drittplattform starten.⁵³ Beim Verkauf über Internetplattformen muss es deshalb erforderlich und hinreichend sein, dass die zwischen den Parteien festgelegten Qualitätsstandards auch in Bezug auf die Plattform gewahrt bleiben.⁵⁴ Die gängigen Portale bieten durch das Angebot verschiedener Shop-Formate ausreichenden Spielraum und können keineswegs pauschal als imageschädliche „Resterampen“ disqualifiziert werden.⁵⁵ Es ist zu wünschen,

⁴⁷ Auch das Bundeskartellamt führt einschlägige Verfahren durch; zur (kritischen) Beurteilung solcher Verbote s. Bundeskartellamt, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, 2013, S. 24 ff.

⁴⁸ OLG München GRUR-RR 2009, 394 – Sportartikel (keine Einschränkung aktiver oder passiver Verkäufe, da Internetverkäufe durch das Verbot bestimmter Plattformen nicht allgemein ausgeschlossen werden); OLG Karlsruhe EuZW 2010, 237 – Schulranzen (das Verbot bestimmter Auktionsformate im Internet sei als Qualitätskriterium objektiv gerechtfertigt).

⁴⁹ KG, EuZW 2013, 873 – Schulranzen. Die Vorinstanz hatte eine objektive Rechtfertigung des Plattformverbots verneint, LG Berlin BeckRS 2009, 12390. In diesem Sinn auch schon LG Berlin GRUR-RR 2009, 115.

⁵⁰ Auf diese Argumentation kann aber nicht abgestellt werden, wenn gar kein selektives Vertriebssystem eingerichtet wurde, so die Konstellation in LG Kiel WuW 2014, 95: Das Plattformverbot als Untersagung passiver Verkäufe konnte folglich nicht gerechtfertigt werden.

⁵¹ Vertikalleitlinien, Rn. 54.

⁵² Vertikalleitlinien, Rn. 54.

⁵³ Es ist einzuräumen, dass die im Text vorgeschlagene Lösung mit der Entstehungsgeschichte der Vertikalleitlinien nicht in Übereinstimmung steht (s. zB *Wiring* MMR 2010, 659 (661 f.)). Sie ergibt sich aber aus der Freistellungsfeindlichkeit des Ausschlusses passiver Verkäufe in der Gruppenfreistellungsverordnung. Zur beschränkten Bindungswirkung von Kommissionsbekanntmachungen s. bereits den Text bei Fn. 22. Die Leitlinien binden also nur die Europäische Kommission; alle anderen Rechtsanwendungsinstanzen sind in der rechtlichen Beurteilung des Verbots von Drittplattformen frei. Kritisch zur Logoklausel auch *Lohse* WuW 2014, 120 (127 ff.) unter Hinweis auf den innovativen Charakter der neuen Vertriebswege und den Widerspruch zum Ziel der Kommission, den Internetvertrieb zu stärken.

⁵⁴ In diesem Sinn auch LG Kiel WuW 2014, 95 (100).

⁵⁵ AA das Kammergericht: eBay werde „wie der Senat auch aus eigener Anschauung weiß – in der Öffentlichkeit immer wieder in die Nähe eines Flohmarktes gerückt und auch im Zusammenhang mit dem Absatz von Fälschungen von Markenartikeln genannt,“ was das Image der

dass die praktisch wichtige Frage der Plattformverbote dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt wird.

e) Schlussfolgerung

Die Anforderungen des europäischen Kartellrechts an privatautonome Einschränkungen des Internetvertriebs sind hoch. Die Gruppenfreistellungsverordnung kommt bei Beschränkungen des Onlinehandels nicht zur Anwendung, da diese als Eingriff in den passiven Vertrieb interpretiert werden. Qualitative Anforderungen sind möglich; sie müssen aber einem strengen Erforderlichkeitstest standhalten. Den Gesichtspunkt des Prestigecharakters akzeptiert der Gerichtshof nicht für Einschränkungen des Wettbewerbs. Demgegenüber ist das Trittbrettfahrerargument relevant. Es wird aber nicht unbesehen übernommen, sondern auf seine Stichhaltigkeit überprüft. Die Möglichkeit, eine stationäre Niederlassung zu verlangen, die über eine bloße Fassade hinausgeht, dient dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen.

4. Einseitige Verhaltensweisen

Die vorstehenden Ausführungen betreffen die Vorgaben für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Daneben ist es denkbar, dass Unternehmen den Internetvertrieb durch einseitige Maßnahmen einschränken oder ausschließen. Diese Möglichkeit hat besondere Bedeutung für die Schweiz. Zwar hat das Freihandelsabkommen von 1972⁵⁶ den Handel für industrielle Produkte zwischen der Schweiz und der heutigen EU liberalisiert. Dennoch besteht aufgrund verschiedener Faktoren ein beträchtliches Preisgefälle, wobei in der Schweiz das Preisniveau für die Konsumausgaben privater Haushalte rund 60 Prozent über dem EU-Durchschnitt und Deutschland liegt.⁵⁷ Das schweizerische Kartellrecht hat neben den allgemeinen Aufgaben einer Wettbewerbsgesetzgebung auch die Mission, gegen die auf private Wettbewerbsbeschränkungen zurückzuführenden Ursachen der „Hochpreisinsel Schweiz“ anzugehen.⁵⁸ Zu diesem Zweck wurden die soeben geschilderten Grundsätze des europäischen Vertriebskartellrechts übernommen.⁵⁹ Insbesondere gelten dieselben Anforderungen an privat vereinbarten Gebietsschutz.

Keine kontrollfähigen Wettbewerbsabreden liegen aber vor, wenn der Vertrieb direkt organisiert wird, Maßnahmen konzernintern getroffen werden, oder wenn Absatzmittler eingeschaltet werden, die zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbständig sind.⁶⁰ In diesen Fällen können die Vertriebswege frei gestaltet werden, also auch der Vertrieb über das Internet reguliert werden. Häufig werden Schweizer Kunden von Websites in der EU auf (höherpreisige) Online-Shops in der Schweiz verwiesen. Das Kartellrecht greift bei

betreffenden Markenartikel zu beeinträchtigen geeignet sei (EuZW 2013, 876). Diese Einschätzung erscheint, zurückhaltend formuliert, nicht repräsentativ. Ablehnend auch Lohse WuW 2014, 120 (126, 130), die auf die gestiegene Qualität der Drittplattformen hinweist, zudem zwischen dem Image des Produkts und dem des Plattformbetreibers unterscheidet.

⁵⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.7.1972, ABl. L 300, 189, SR 0.632.401 (Schweiz).

⁵⁷ Bei einem Indexwert für die EU 28 von 100 lag Deutschland im Jahr 2012 bei 101 und die Schweiz bei 159,9, s. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tec00120>.

⁵⁸ S. Heinemann Die Volkswirtschaft 3-2013, 19.

⁵⁹ Wettbewerbskommission, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28.6.2010; s. in diesem Zusammenhang insbesondere die Erwägungsgründe VI und VII.

⁶⁰ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten s. für das europäische Recht den *e-books-Fall*, in dem die Beteiligten dem Kartellverbot (vergeblich) durch die Umstellung von einem traditionellen Händler- auf ein Handelsvertretermodell entkommen wollten. Der Fall wurde durch Verpflichtungszusagen abgeschlossen, s. Europäische Kommission, Medienmitteilung IP/12/1367 vom 13.12.2012.

einseitigen Maßnahmen erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung.⁶¹ In der momentan laufenden Revision des schweizerischen Kartellgesetzes wird diskutiert, die Regeln über einseitiges Verhalten zu verschärfen, zB durch ein spezielles Verbot der Preisdifferenzierung oder (in Anlehnung an deutsches und französisches Kartellrecht) durch eine Ausweitung des Missbrauchsverbots auf Fälle der Abhängigkeit.⁶² Der Ausgang des Gesetzgebungsverfahrens ist derzeit allerdings nicht absehbar.

V. Ausblick

Zu Recht werden allerseits die zahlreichen Vorzüge der Internetwirtschaft herausgestellt. Dies gilt auch für die hiermit verbundenen neuen Vertriebsformen und Kaufgewohnheiten. Umbrüche führen jedoch auch stets zu Widerständen. Mitgliedstaaten der EU haben in verschiedenen Zusammenhängen versucht, den Vertrieb über das Internet auszuschließen oder zu beschränken. Den Europäischen Gerichtshof haben die hierfür geltend gemachten Gründe ganz überwiegend nicht überzeugt. Zu wichtig sind das Internet und der elektronische Handel für die tatsächliche Herstellung des europäischen Binnenmarktes. Die Europäische Kommission hat im Jahr 2010 eine „Digitale Agenda für Europa“ verabschiedet, welche neben der politischen und sozialen auch die wirtschaftliche Dimension der Informations- und Kommunikationstechnologien unterstreicht.⁶³ Die Ziele sind ehrgeizig: Bis 2015 sollen 50 % der Bevölkerung online einkaufen, 20 % sollen dies grenzüberschreitend tun. Es überrascht deshalb nicht, dass die Dynamik in Richtung rasanten Ausbaus des Internet und seiner Nutzung geht, und dass entgegenstehende Schutzgüter unter erhöhtem Rechtfertigungsdruck stehen.

Andere Akzente werden bei unternehmensseitigen Beschränkungen des Internetvertriebs gesetzt. Einerseits ist der elektronische Handel unverzichtbarer Bestandteil des Marketing-Mix geworden. Andererseits stellt sich die wichtige Frage, ob die ubiquitäre Handelbarkeit von Gütern zu Qualitätsverlusten führt. Insbesondere Hersteller von Markenartikeln können ein Interesse daran haben, den Online-Handel zu begrenzen. Das Kartellrecht muss eine Antwort darauf geben, welche vertraglichen oder einseitigen Beschränkungen mit dem Schutz wirksamen Wettbewerbs vereinbar sind. Herrschte zu Beginn große Unsicherheit, sind mittlerweile zumindest die Konturen des internetbezogenen Vertriebskartellrechts deutlicher geworden. Bei allem Streit über Einzelheiten gilt: Werden wettbewerbsbeschränkende Absprachen getroffen, müssen die Handelnden die Einschränkung des Internetvertriebs rechtfertigen.⁶⁴ Die Freiheit des Internet hat also auch eine vertriebsbezogene Komponente.

⁶¹ ZB im Fall von Lieferverweigerungen, s. Art. 7 Abs. 2 Buchst. a des schweizerischen Kartellgesetzes (SR 251).

⁶² S. zB *Zäch* Handelszeitung vom 6.2.2014, 7.

⁶³ Europäische Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245 endg./2 vom 26.8.2010.

⁶⁴ Es gilt also der Grundsatz: „Prinzipiell muss es jedem Händler erlaubt sein, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen“ (Vertikalleitlinien, Rn. 52).